



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA PROCÉDURE D'EXTENSION ENTRE RÉGLEMENTATION ET LACUNES. LA
SITUATION DE LA CAUTION.*

FRANCINE MACORIG-VENIER, CORINNE SAINT-ALARY-HOUIN, MARIE-HÉLÈNE
MONSÉRIÉ-BON

Référence de publication : Droit et Patrimoine, N° 184, 1er septembre 2009

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA PROCÉDURE D'EXTENSION ENTRE RÉGLEMENTATION ET LACUNES. LA SITUATION DE LA CAUTION.

JUIN 2008 - JUIN 2009 LE DROIT DE LA DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE EN PERPÉTUELLE ÉVOLUTION

I - DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE DES ENTREPRISES A - Ouverture 1°/ Professionnels indépendants

I - DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE DES ENTREPRISES A - Ouverture 2°/ Cessation des paiements

I - DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE DES ENTREPRISES A - Ouverture 3°/ Procédure d'extension

I - DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE DES ENTREPRISES B - Période d'observation

I - DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE DES ENTREPRISES C - Plans de sauvegarde et de redressement
1°/ Résolution du plan et subrogation de l'AGS

I - DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE DES ENTREPRISES C - Plans de sauvegarde et de redressement
2°/ Conséquences de la résolution du plan de sauvegarde

I - DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE DES ENTREPRISES D - Sanctions

II - TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES PARTICULIERS A - LA PROCÉDURE DE SURENDETTEMENT 1°/ Ouverture de la procédure (conditions)

II - TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES PARTICULIERS A - LA PROCÉDURE DE SURENDETTEMENT 2°/ Situation du débiteur et des créanciers

II - TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES PARTICULIERS B - La procédure de rétablissement personnel 1°/ Ouverture de la procédure

II - TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES PARTICULIERS B - La procédure de rétablissement personnel 2°/ Situation des créanciers et du débiteur pendant la procédure

II - TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES PARTICULIERS B - La procédure de rétablissement personnel 3°/ Effets de la clôture de la procédure

II - TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES PARTICULIERS C - Les règles communes 1°/ Les personnes exclues de l'application des procédures de surendettement ou de rétablissement personnel

II - TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES PARTICULIERS C - Les règles communes 2°/ Les dettes exclues des mesures de rééchelonnement ou d'effacement

LA PROCÉDURE D'EXTENSION ENTRE RÉGLEMENTATION ET LACUNES. LA SITUATION DE LA CAUTION.

Cette période est évidemment caractérisée par une crise économique profonde qui se traduit par une augmentation très sensible des procédures collectives applicables aux entreprises, de l'ordre de 55 000 en 2008, et par un recours accru aux procédures de surendettement et de rétablissement personnel. Elle est marquée par l'adoption de textes importants : ordonnance du 18 décembre 2008, décret du 12 février 2009 et bien d'autres. C'est pourquoi cette chronique, tant législative que jurisprudentielle, s'attache à évoquer les innovations les plus saillantes de l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et à les confronter aux dispositions de la récente loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 ainsi qu'à certains arrêts récents de la Cour de cassation. Elle retrace également l'essentiel des évolutions jurisprudentielles en matière de surendettement des particuliers. Jamais le droit de la défaillance économique n'a été, malheureusement, d'une telle actualité.

I - DÉFAILLANCE ÉCONOMIQUE DES ENTREPRISES

A - Ouverture

1°/ Professionnels indépendants

Peu à peu se forment les solutions concernant les professionnels indépendants. - L'entrée des professionnels libéraux dans le périmètre des procédures collectives depuis la loi du 26 juillet 2005 commence à faire apparaître un contentieux qui porte sur différents domaines.

L'une des questions qui occupent encore actuellement les juridictions du fond concerne l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un professionnel libéral qui exerce au sein d'une société, société civile professionnelle (SCP) ou société d'exercice libéral (SEL). Dans notre précédente chronique (Dr. & patr. 2008, n° 172, p. 110) avait été évoqué un arrêt de la cour d'appel de Paris hostile à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire dans ces circonstances. Or, depuis, il semble que la jurisprudence évolue, des décisions plus récentes ayant admis la soumission du professionnel libéral exerçant en société à une procédure collective (**CA Paris, 3^e ch., sect. B, 26 juin 2008, n° 07/18805** , Gaz. Pal. 14-16 sept. 2008, p. 19 et s., note F. Iacovelli ; **CA Paris, 3^e ch., sect. B, 18 sept. 2008, n° 07/17034** , Dr. sociétés 2008, comm. 251, obs. J.-P. Legros, D. 2008, p. 2666, obs. A. Lienhard, RJDA 8/08, n° 1920 ; A. Cerati-Gauthier, Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales, JCP E 2008, 2436). Dans ces décisions, la juridiction parisienne met en avant le fait que la loi de sauvegarde des entreprises ne subordonne pas son application aux professionnels indépendants à la condition qu'ils n'exercent pas au sein d'une

société et que les modalités de fonctionnement de ces structures laissent une grande indépendance professionnelle aux associés (v. nos obs. précitées ; J.-P. Legros, note sous Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998 Dr. sociétés 2009, comm. 15). Cette évolution n'est-elle pas de nature à être remise en cause par des arrêts de la Cour de cassation en date du 12 novembre 2008 (Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998 ⇒ 001 précité ; Ch. Lebel, Le gérant majoritaire n'est pas éligible à la procédure de redressement judiciaire, JCP E 2009, 1023) ? Dans ces arrêts, dont l'un aura les honneurs du rapport annuel de la Cour de cassation, la Haute juridiction devait se prononcer sur l'application du Livre VI du Code de commerce à un gérant majoritaire de société à responsabilité limitée (SARL) en sa qualité de professionnel indépendant. Mettant en avant le fait que le gérant agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, la Cour de cassation en déduit que ce dirigeant ne peut être qualifié de professionnel indépendant et qu'il ne peut donc être assigné en liquidation judiciaire par l'Urssaf, créancier des cotisations d'allocations familiales. Quelle est la portée de cet arrêt ? À n'en pas douter, il ferme la porte du droit des entreprises en difficultés aux mandataires sociaux des sociétés, puisque ce qui caractérise leur fonction, c'est justement la représentation, leur action au nom et pour le compte de la société. Pour autant, est-ce une condamnation de l'évolution qui se dessinait en faveur de l'application de la loi de sauvegarde aux professionnels libéraux, associés d'une société d'exercice professionnel ? Si l'on scrute l'attendu de la Cour de cassation de plus près, son fondement sur la représentation n'est pas envisageable pour les associés de la SCP ou de la SEL, qui en aucun cas ne représentent cette société dotée d'un dirigeant qui remplit cette fonction. Mais lorsque la Cour de cassation ajoute que le gérant agit au nom de la société et non en son nom personnel, le rapprochement avec la situation de l'associé professionnel libéral est inévitable, la Cour de cassation ayant, à plusieurs reprises, admis cette solution en précisant notamment que « *chaque associé exerce les fonctions d'associé au nom de la société* » (Cass. 2^e civ., 5 avr. 2007, n° 06-14.818). Il semble donc que les décisions de novembre 2008 annoncent une position de la Cour de cassation en faveur d'une conception stricte de la notion de professionnel indépendant au regard du droit des procédures collectives qui pourrait bien, à terme, exclure un certain nombre de professionnels des mesures favorables instaurées par la loi de sauvegarde.

Extraits⇒ 001 : Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-16.998

« Mais attendu que la cour d'appel, qui a énoncé que le gérant d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du Code de commerce, en a exactement déduit que M. Perchet ne pouvait pas être mis en redressement judiciaire ; que le moyen n'est pas fondé ».

De ce point de vue, l'ordonnance du 18 décembre 2008 peut avoir des répercussions. En effet, l'**article L. 620-2 du Code de commerce** - ainsi que tous les textes des autres procédures qui visent les personnes pouvant en faire l'objet - a été modifié, le terme « *commerçant* » ayant été remplacé par l'expression de « *toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale* ». On sait que depuis la réforme opérée par la loi de sauvegarde des entreprises, qui a supprimé tous les cas d'extension, les associés de société en nom collectif (SNC) ne sont plus automatiquement soumis à une procédure, et devant payer les dettes de la société, il se peut qu'ils souhaitent se soumettre à une

procédure pour bénéficier des mesures favorables aux débiteurs. Avant la modification précédemment signalée, leur qualité de commerçant pouvait leur permettre d'accéder à la procédure. En revanche, n'exerçant pas dans la société d'activité commerciale, il paraît plus difficile de concevoir pour eux l'application des procédures du Livre VI du Code de commerce. Ils pourront alors songer à se tourner vers le surendettement des particuliers, l'article L. 330-1 du Code de la consommation pouvant ici s'appliquer, les associés étant responsables indéfiniment et solidairement du passif social, sous réserve de leur reconnaître la qualité de professionnel indépendant, laquelle ne peut résulter de la qualité d'associé de SNC.

Il faut ajouter que l'ordonnance de 2008 ayant pour objectif d'harmoniser des critères qui auparavant variaient d'une procédure à l'autre, elle a également substitué, pour fixer la compétence de la juridiction commerciale, au terme de « *commerçant* » ceux de « *débiteur exerçant une activité commerciale* ». Ce changement, qui à première vue peut paraître anodin, pourra avoir des répercussions non négligeables en matière de société. En effet, les sociétés commerciales par la forme qui étaient jusque-là naturellement rattachées aux juridictions consulaires pourraient, à défaut de l'exercice d'une activité commerciale ou artisanale, basculer dans la compétence du tribunal de grande instance. Concernant les sociétés de forme commerciale exerçant une activité civile, notamment celles du secteur libéral, le nouveau texte lève les hésitations antérieures, elles relèvent, en cas de difficulté, du tribunal de grande instance.

En ce qui concerne la compétence, il convient de signaler un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 octobre 2008 (Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-20.801 ⇒ 002) qui touche exclusivement les auxiliaires de justice en se prononçant sur l'applicabilité de l'article 47 du Code de procédure civile en cas d'ouverture d'une procédure collective. Ce dernier texte dispose que « *lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe* ». En l'espèce, un avocat au barreau de Paris avait été assigné en liquidation judiciaire devant le tribunal de grande instance de Nanterre qui s'est déclaré incompétent, solution confirmée par la cour d'appel au motif que les textes sur la compétence en matière de procédure collective ont une valeur législative et doivent donc primer sur ceux du Code de procédure civile, ce qui conduit à exclure le jeu de l'article 47 du Code de procédure civile (sur l'arrêt d'appel, v. CA Versailles, 1^{er} mars 2007, n° 06-07624, D. 2007, p. 1702, note J.-L. Vallens). Dans la décision commentée, la Cour de cassation apporte une réponse claire en affirmant que les règles de compétence édictées à l'article R. 600-1 du Code de commerce ne dérogent pas à l'application de l'article 47 du Code de procédure civile. Ainsi, alors que les avocats et autres auxiliaires de justice sont maintenant confrontés directement à l'ouverture de procédures collectives, il aurait été surprenant que la Cour de cassation refuse de délocaliser les procédures les concernant alors qu'elle l'avait précédemment admis à propos d'une action en insuffisance d'actif (Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-17.823, D. 2001, p. 2593, obs. A. Lienhard) pour laquelle le regroupement du contentieux auprès de la juridiction ayant ouvert la procédure à l'égard de la personne morale pouvait néanmoins sembler indispensable à la bonne administration de la justice. Dès lors, la décision rendue le 28

octobre 2008 ne surprendra pas alors qu'était en jeu, cette fois, l'ouverture d'une procédure à l'égard de l'avocat. D'une part, ce dernier est certainement dans une position encore plus inconfortable à l'égard des juridictions de son ressort que lors d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif et, d'autre part, la procédure étant unique, la délocalisation n'est pas gênante. Certes, il peut être objecté à l'application de l'article 47 du Code de procédure civile que cela complique le déroulement de la procédure qui suppose l'intervention de l'ordre professionnel rendue plus délicate dans un ressort limitrophe. Cet argument ne paraît pas décisif au regard de la protection de l'auxiliaire de justice assurée par l'article 47 du Code de procédure civile. En ce domaine, les règles du Code de procédure civile s'appliquent, comme c'est le cas également, selon l'article R. 662-1 du Code de commerce, lorsque le droit des procédures collectives n'en dispose pas autrement.

Extraits⇒ 002 :Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-20.801

« Vu les articles 47 du Code de procédure civile, 1^{er} et 336 du décret du 28 décembre 2005, devenus les articles R. 600-1 et R. 662-1 du Code de commerce ;

Attendu que les règles de compétence édictées par l'article R. 600-1 du Code de commerce ne dérogent pas à l'application des dispositions de l'article 47 du Code de procédure civile ».

M.-H. M.-B.

2°/ Cessation des paiements

Être ou ne pas être en cessation des paiements... là est la question... - La question de la place de la cessation des paiements dans la répartition des procédures ne cesse d'évoluer. Comme la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc*, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde suppose que le débiteur ne soit pas en état de cessation des paiements. Mais depuis l'ordonnance du 18 septembre 2008, il suffit qu'il « *justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* », sans avoir à prouver que ces difficultés sont de nature à entraîner la cessation des paiements, comme l'exigeait l'ancien article L. 620-1 du Code de commerce. Quant à la conciliation, elle peut être ouverte malgré la cessation des paiements, si celle-ci est récente et date de moins de quarante-cinq jours. Pour le redressement et la liquidation judiciaires, la situation était plus tranchée puisque la cessation des paiements était requise en toute hypothèse. L'ordonnance du 18 septembre 2008 perturbe ce bel équilibre, car l'**article L. 622-10, alinéa 3**, permet au débiteur qui a bénéficié d'une procédure de sauvegarde, et sur sa seule initiative, de demander sa conversion en redressement judiciaire « *si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements* ». Est ainsi consacré un redressement judiciaire sans cessation des paiements, ce qui peut conduire à s'interroger sur l'application des nullités de la période suspecte ou des peines de la banqueroute, en pareil cas.

Si le rôle de la cessation des paiements est changeant, en revanche, la notion de cessation des paiements demeure stable : l'article L. 631-1 du Code de commerce énonce que le débiteur doit être « *dans l'impossibilité de faire face*

à son passif exigible avec son actif disponible ». Une fois encore, l'ordonnance apporte des précisions utiles en ajoutant que « *le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible n'est pas en cessation des paiements* ». Ces réserves de crédit et moratoires accroissent l'actif disponible, comme l'admettait la jurisprudence la plus récente (à propos d'un moratoire, v. Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-20.510, D. 2008, p. 982, obs. A. Lienhard, Dr. & patr. 2008, n° 172, p. 109, obs. M.-H. Monsérié-Bon). Certaines décisions récentes contribuent à cerner la comparaison de l'actif disponible et du passif exigible. Ainsi, il a été jugé que des créances litigieuses ne pourraient pas être prises en considération dans le passif exigible alors qu'elles sont simplement constatées par des décisions de référé provisoires (Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-20.972, D. 2009, p. 17). Signalons aussi un arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 2007 (Cass. com., 18 déc. 2007, n° 06-16.350, Révol c/Bouvet, D. 2008, p. 83, obs. A. Lienhard, Actualité proc. coll. 2008, comm 36, obs. Th. Bonneau, JCP E 2008, 1432, p. 26, obs. M. Cabrillac) cassant un arrêt ayant refusé de faire entrer dans l'actif disponible, alors qu'il couvrait le montant du passif, un chèque de banque qui n'avait pas été encaissé au jour du jugement d'ouverture et dont le délai de présentation de huit jours était expiré. La solution est justifiée car le chèque pouvait encore être présenté au paiement pendant un an et elle vaudrait, à notre avis, non seulement pour un chèque de banque, mais aussi pour tout chèque dont la provision est certaine. En revanche, il est évident que des immeubles, de par leur nature, ne peuvent entrer dans l'actif disponible (Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-10.170, Bull. civ. IV, n° 65).

C'est la même notion de cessation des paiements qui est retenue lorsqu'elle survient pendant l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement. Un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2008 (Cass. com., 22 janv. 2008, n° 07-10.117, RJDA 6/08, n° 686) casse un arrêt ayant ouvert une « *procédure de redressement judiciaire simplifiée* » sans avoir rapporté la preuve que le débiteur « *était dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* ». Elle admet, au contraire, la résolution du plan lorsque cette preuve est rapportée (Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-20.510, RJDA 6/08, n° 687 ; sur la question, v. Ph. Roussel-Galle, La cessation des paiements, condition d'ouverture de la liquidation judiciaire en cas de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement, JCP E 2008, n° 2207, p. 36 ; G. Berthelot, La cessation des paiements, une notion perfectible, JCP E 2008, n° 2232, p. 28).

C. S.-A.-H.

3°/ Procédure d'extension

La procédure d'extension entre réglementation et lacunes. La situation de la caution. - L'article L. 621-2 du Code de commerce, issu de la loi du 26 juillet 2005, a consacré la jurisprudence permettant d'étendre la procédure de sauvegarde - de redressement ou de liquidation judiciaires - à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. Cette possibilité d'extension, très critiquée par la doctrine et la pratique en raison de son incompatibilité avec l'esprit de la sauvegarde laissée à la

discrétion du débiteur (M.-H. Monsérié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, La loi de sauvegarde des entreprises, intérêts d'une réforme annoncée, D. 2008, p. 941), a non seulement été maintenue par l'ordonnance du 18 décembre 2008, mais a également fait l'objet d'une certaine réglementation relative aux personnes ayant qualité pour agir et aux voies de recours recevables. L'action en extension est une action « attitrée », intentée à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office. La jurisprudence refusant à un créancier le droit de la mettre en œuvre est ainsi approuvée (Cass. com., 16 mars 1999, n° 96-19.537, Bull. civ. IV, n° 67, Dr. & patr. 2008, n° 172, p. 102, note M.-H. Monsérié-Bon). La décision d'extension, aux termes de l'**article L. 661-1, 3°**, est susceptible d'un appel et d'un pourvoi en cassation de la part du débiteur soumis à la procédure, du mandataire judiciaire ou du liquidateur, de l'administrateur et du ministère public, mais aussi du débiteur visé par l'extension. Cette possibilité d'exercer des voies de recours reconnue à la personne à qui est étendue la procédure est particulièrement importante. Elle pourra établir que les conditions de l'extension ne sont pas réunies pour éviter que son patrimoine n'entre dans la masse commune. La décision d'extension est également, selon l'article L. 661-2, susceptible de tierce-opposition par déclaration au greffe, le tiers-opposant pouvant former un appel ou un pourvoi en cassation contre le jugement statuant sur celle-ci.

Mais l'ordonnance du 18 décembre 2008, pas plus que les textes précédents, ne définit les conséquences de l'extension.

La jurisprudence reprend son empire et un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 17 février 2009 revêt une importance particulière en affirmant que l'extension à la caution de la procédure du débiteur a pour effet que « *l'obligation issue du cautionnement s'éteint par voie de confusion* ». Les faits de l'espèce éclairent le contexte de cette solution. Sur les conseils d'une société d'experts-comptables, une société emprunte pour acquérir des titres et deux époux se portent cautions du remboursement du prêt. Cette société est mise en liquidation judiciaire et la procédure est étendue aux cautions en raison de la confusion de leurs patrimoines. À la suite d'une action du liquidateur, la société d'experts-comptables est condamnée, à raison de la violation de son devoir de conseil - pour avoir procédé à une analyse comptable inexacte ayant déterminé une opération d'acquisition de société qui s'est révélée désastreuse - à verser au liquidateur *ès qualités* 50 % de l'insuffisance d'actif telle qu'elle apparaîtra après vérification des créances et réalisation de l'actif et aux cautions, au titre de la réparation de leur préjudice patrimonial personnel, 50 % des sommes dont ils devront répondre en qualité de cautions de la société débiteur principal. La société d'experts-comptables prétend, au contraire, que, par suite de l'extension, elle ne doit qu'une seule dette pesant sur le seul patrimoine de la procédure collective. La Cour de cassation (**Cass. com., 17 déc. 2008, n° 07-16.558** ⇒ **003 P + B**, RLDC 2009/59, n° 3585, obs. G. Marraud des Grottes) lui donne raison en s'appuyant sur la confusion des créances de la caution et du débiteur principal.

Extraits ⇒ **003** : Cass. com., 17 déc. 2008, n° 07-16.558

« Vu les articles 1300 et 2311 du Code civil ; Attendu qu'il résulte de ces textes que la réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur opère une confusion de droit qui éteint les deux créances ;

[...] Qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la caution, par extension de la procédure ouverte contre le débiteur principal, l'obligation issue du cautionnement s'éteint par voie de confusion ».

Par cet attendu de principe, la Cour de cassation tire des conséquences extrêmes de la confusion des patrimoines. Il a, certes, toujours été admis que l'extension entraînait la reconstitution d'une masse unique de biens et qu'une procédure unique se poursuivait « *sous patrimoine commun* ». L'actif global répond d'un seul passif. Dans cette affaire, la Cour de cassation poursuit le raisonnement et estime que l'extension efface la dualité des liens obligatoires à l'égard de la caution et du débiteur qui sont censés ne plus faire qu'une seule personne ne subissant qu'un seul préjudice. Concrètement, cela signifie que la société d'expertise comptable n'a d'obligation de réparation qu'à l'égard « *du patrimoine sous procédure collective* » et que le préjudice subi par la caution, ayant perdu son individualité, n'est pas réparable de manière distincte. D'autres arrêts laissent pressentir cette solution. Il avait été jugé, en effet, qu'en cas de confusion des patrimoines de diverses sociétés d'un groupe, les créances des sociétés, les unes par rapport aux autres, sont éteintes par confusion (CA Versailles, 9 juin 1998, Procureur de la République d'Évry c/Baudouin Libert) et que la compensation n'étant pas possible, à défaut de réciprocité (le créancier étant créancier d'une société et débiteur d'une autre), elle peut le devenir puisque les patrimoines sont réunifiés (Cass. com., 5 déc. 1995, n° 93-21.524). Il faut en déduire que les personnes perdent leur individualité et qu'en cas d'extension à des sociétés, les personnes morales disparaissent empêchant des solutions distinctes pour les différentes sociétés dont les patrimoines sont confondus (v. C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 5^e éd., n° 393). Il n'empêche que, s'agissant de personnes physiques, la solution est étonnante, car l'arrêt laisse entendre que la confusion des patrimoines entraîne une confusion des qualités de caution et de débiteur ne laissant persister qu'un seul lien d'obligation. Or deux personnes subsistent : le débiteur et la caution, ce qui n'est pas l'hypothèse du Code civil où la confusion des qualités résulte de la disparition de la qualité de créancier ou de débiteur.

C. S.-A.-H.

B - Période d'observation

Les incertitudes relatives à l'« origine » des créances. - Les privilèges de procédure prévus par l'article L. 622-17 du Code de commerce en matière de sauvegarde et de redressement et par l'article L. 641-13 pour la liquidation judiciaire ont été réécrits par l'ordonnance du 18 décembre 2008 afin d'en clarifier la teneur. Notamment, le privilège n'est plus limité aux créances nées en contrepartie « *d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle* ». Il pourra garantir le paiement de créances non professionnelles si, du moins, elles sont régulières et utiles à la procédure. Il est également précisé que le paiement prioritaire ne permet de primer que le privilège « *des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure* » et non le privilège afférent à des frais de justice antérieurs à l'ouverture, ce qui était controversé. Autre précision

utile, ces créances doivent être portées à la connaissance de l'administrateur et, à défaut, du mandataire judiciaire pour conserver leur privilège. Une information de l'administrateur suffit donc et, s'il n'est pas nommé, ce lle du mandataire alors que la rédaction antérieure permettait de penser qu'il fallait informer les deux organes. Enfin, par souci de cohérence, le classement des créanciers postérieurs entre eux est modifié pour exclure les frais de justice désormais payés avant les créanciers postérieurs et pour faire glisser de l'article L. 622-17 à l'article L. 641-13, le règlement des sommes avancées par l'AGS en application du 3° de l'ancien article L. 143-11-1 du Code du travail qui ne concerne que la liquidation judiciaire.

Ces modifications clarificatrices, fort utiles, ne contribueront cependant pas à tarir le contentieux relatif, pour l'essentiel, au caractère postérieur des créances susceptibles de bénéficier du privilège. C'est toujours la date de naissance de la créance qui soulève des difficultés et les solutions de la Cour de cassation paraissent bien casuistiques. Une tendance semble cependant se dessiner, en matière contractuelle, à trouver l'origine de la créance dans le contrat, même si elle est apparue bien après sa formation. Ainsi, il avait déjà été jugé que le recours de la caution qui a payé le créancier après le jugement d'ouverture a son origine dans le contrat de cautionnement conclu avant ce jugement (Cass. com., 1^{er} mars 2005, n° 02-13.176, D. 2005, p. 1365, note P.-M. Le Corre) et que, pareillement, le recours du garant autonome contre le donneur d'ordre prend naissance à la date de souscription de l'engagement de garantie (Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-13.461, Bull. civ. IV, n° 249) et non pas au moment où le garant verse ce qu'il doit. Dans cette ligne, il vient d'être jugé en matière de contrat d'assurance que si un sinistre survient après le jugement et qu'une franchise était laissée à la charge de l'assuré, « la créance de l'assureur sur son assuré au titre du paiement de la franchise contractuelle trouve son origine dans le contrat d'assurance ». C'est pourquoi la Cour de cassation casse l'arrêt ayant considéré que cette franchise était privilégiée, car elle résultait de la survenance d'un aléa qui s'était concrétisé après le jugement (Cass. com., 30 sept. 2008, n° 07-16.688 , Société Storus c/SA Generali Assurances IARD).

En revanche, une certaine confusion règne à propos des créances de restitution. Ainsi, un arrêt récent estime que la créance de restitution du prix d'une vente annulée, après le jugement, sur le fondement des nullités de la période suspecte a « *son origine antérieurement au jugement d'ouverture* ». Cette restitution doit donc se faire « *selon les règles applicables en matière de procédure collective* », c'est-à-dire par déclaration au passif (Cass. com., 20 janv. 2009, n° 08-11.098 , Société Banque populaire d'Alsace c/Masson). Cet arrêt semble cependant limiter cette solution aux nullités des anciens articles L. 621-107 et L. 621-108, car il affirme aussi qu'« *en principe, la créance de restitution du prix née de l'annulation d'une vente, prononcée postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, entre dans les prévisions de l'article L. 621-32 du Code de commerce* »... Il a d'ailleurs été jugé, dans une autre espèce, par la Cour d'appel de Paris, que le preneur qui a versé des dommages et intérêts à son bailleur, mis par la suite en redressement judiciaire, en raison d'une décision de condamnation qui a été cassée, est titulaire d'une créance de restitution des dommages et intérêts qui naît de l'arrêt de cassation postérieur au jugement d'ouverture. Elle n'est donc pas soumise à déclaration et ne peut être éteinte pour n'avoir pas été déclarée (**CA Paris**,

16^e ch., sect. A, 4 juin 2008, n° 07/07581 , SA Castorama holding c/Société La Cible financière). Plus récemment, un arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 2009 (**Cass. com., 28 avr. 2009, n° 08-14.777**) juge aussi que « *la créance de restitution au vendeur de la valeur et des fruits d'un bien résultant de l'annulation de la vente de ce bien trouve son origine dans le jugement qui prononce cette annulation* ». La différence de qualification de la créance de restitution selon qu'elle est la conséquence d'une annulation d'acte effectué en période suspecte ou qu'elle résulte d'une autre cause est mystérieuse dès lors que le prononcé de la nullité est postérieur au jugement d'ouverture. L'origine de la créance dépend, semble-t-il, du bon vouloir de la Cour de cassation... Quoi qu'il en soit, la difficulté la plus sérieuse n'est pas encore tranchée. De telles créances pourront-elles remplir le critère d'utilité ajouté par la loi du 26 juillet 2005 ? Futur contentieux à suivre avec attention !

C. S.-A.-H.

C - Plans de sauvegarde et de redressement

1°/ Résolution du plan et subrogation de l'AGS

L'AGS paiera mais... récupérera ! - À une période où les principes régissant l'intervention de l'AGS dans les procédures collectives sont malmenés par la Cour de cassation, qui a une fâcheuse tendance à rechercher toujours plus largement, et certainement au-delà du raisonnable au regard de la lettre des textes, la couverture du paiement des créances dues aux salariés (v. F.-X. Lucas, L'AGS et le droit martyrisés par la Chambre sociale, Bull. Joly Sociétés, mars 2009), **l'arrêt rendu par la Chambre commerciale du 3 février 2009 (n° 07-19.631 ⇒ 004)** rassurera car le mécanisme de la subrogation instauré au profit de l'AGS y garde son efficacité et continue donc à permettre à cet organisme de récupérer une partie des fonds avancés, récupération dont le pourcentage baisse dans la période actuelle (- 9, 4 %, chiffre du Bulletin statistique trimestriel de la Délégation Unédic AGS, avr. 2009).

Extraits⇒ 004 :Cass. com., 3 févr. 2009, n° 07-19.631

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'AGS, légalement subrogée dans les droits des salariés au titre des avances effectuées pour leurs créances superprivilégiées dans le cadre de la première procédure, n'avait pas perdu le bénéfice de cette subrogation du fait de l'ouverture de la seconde procédure et demeurait en conséquence dispensée de l'obligation de déclarer cette créance, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, une société, placée en redressement judiciaire, a bénéficié d'un plan de continuation, ultérieurement résolu. Une nouvelle procédure de redressement judiciaire ayant été ouverte, un second plan a été adopté au bénéfice de cette société. Quelques années après, l'AGS n'ayant pas été remboursée des sommes versées au titre de créances superprivilégiées assigne la société en paiement. La cour d'appel rejette cette demande en arguant que lors de la seconde procédure ouverte après la résolution du plan, l'AGS ne pouvait du fait de la subrogation dont elle bénéficie se soustraire à l'obligation de déclaration des créances et s'affranchir ainsi des

règles des procédures collectives qui doivent permettre de connaître l'ensemble du passif arrêté à la date du second jugement.

La Cour de cassation, au visa des articles 50 et 80 de la loi du 25 janvier 1985 et L. 143-9 (devenu l'article L. 3253-16) du Code du travail, dans sa rédaction alors applicable, affirme qu'« *en statuant ainsi, alors que l'AGS, légalement subrogée dans les droits des salariés au titre des avances effectuées pour leurs créances superprivilégiées dans le cadre de la première procédure, n'avait pas perdu le bénéfice de cette subrogation du fait de l'ouverture de la seconde procédure et demeurait en conséquence dispensée de l'obligation de déclarer cette créance* ».

Le paiement des créances salariales dans les procédures collectives obéit à un régime propre qui favorise les salariés et qui passe souvent par l'intervention de l'AGS. À ce titre, une distinction fondamentale peut être faite entre les créances superprivilégiées et les autres en raison des différences de traitement qui leur sont réservées au cours des procédures. Or, en l'espèce, le litige portait sur les conditions de remboursement à l'AGS de créances salariales superprivilégiées dans la procédure ouverte après la résolution d'un plan de redressement. La question est alors de savoir quel est le sort de cette créance. Après résolution du plan, deux situations se présentent. La première est celle des créanciers ayant participé au plan résolu qui n'ont pas été payés de l'intégralité de leur créance et qui devaient, avant la loi de sauvegarde des entreprises, déclarer la créance restant due dans la nouvelle procédure. Dans la seconde, il s'agit des créanciers qui n'ont pas été compris dans le plan, notamment les créanciers postérieurs qui, devenus créanciers antérieurs, devront déclarer leurs créances impayées dans la seconde procédure ou de ceux n'ayant pas déclaré lors de la première procédure et dont la créance n'est plus éteinte depuis la loi du 26 juillet 2005 qui peuvent alors déclarer dans la procédure ouverte après résolution du plan.

Dans l'affaire jugée le 3 février 2009, la cour d'appel a cru bon d'appliquer au superprivilège les principes régissant une procédure ouverte à la suite de la résolution d'un plan, avant qu'ils soient modifiés par la loi de sauvegarde des entreprises, et a donc considéré que l'AGS se trouvait dans la situation d'un créancier antérieur face à cette seconde procédure, qu'elle devait donc déclarer sa créance. On peut penser qu'elle aurait été ensuite intégrée dans le plan puisqu'il est mentionné dans l'arrêt de la Cour de cassation que la juridiction du fond avait considéré que l'adoption d'un nouveau plan de redressement nécessitait la prise en compte de la totalité du passif arrêté à la date du second jugement déclaratif. Toute la construction du traitement des créances salariales serait ainsi remise en question en cas de résolution du plan. Une telle solution est exclue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 3 février 2009, qui affirme clairement que l'AGS conserve la situation née du paiement des créances superprivilégiées avant comme après la résolution du plan et l'ouverture de la seconde procédure. En effet, le superprivilège n'est pas lié à un critère temporel mais à la nature de la créance qui demeure inchangée. Ainsi, les principes régissant le superprivilège ne peuvent pas varier, il ne s'agit pas d'un privilège à éclipse, comme on a pu qualifier celui accordé aux créanciers postérieurs, et l'AGS conserve donc les effets qui y sont attachés, à savoir le bénéfice de la subrogation indépendamment de l'accomplissement de tout acte dans la procédure, les salariés en étant dispensés.

Il est heureux que les péripéties de la procédure collective n'aient pas de répercussions directes sur la situation de l'AGS et sur ses possibilités de récupérer les sommes avancées, car il en va ainsi de la pérennité du système instauré pour protéger les salariés.

2°/ Conséquences de la résolution du plan de sauvegarde

Résolution du plan : mode d'emploi. - Plusieurs arrêts rendus récemment par la Cour de cassation conduisent à se pencher sur la résolution du plan de redressement depuis l'adoption de la loi de sauvegarde des entreprises qui a apporté des aménagements à ce mécanisme, retouché encore par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

On s'en souvient, la nouveauté de la loi du 26 juillet 2005, intégrée dans l'article L. 626-27 du Code de commerce, a consisté à préciser les causes de résolution du plan de sauvegarde en distinguant l'inexécution des engagements souscrits dans le plan de la survenance de la cessation des paiements au cours de l'exécution du plan. Les conséquences attachées à ces événements sont également traitées différemment par la loi qui ne prévoit l'ouverture d'une nouvelle procédure, à l'origine une liquidation judiciaire, qu'en cas de cessation des paiements. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a encore affiné la réglementation en prévoyant que la nouvelle procédure ouverte après résolution du plan de sauvegarde pouvait être un redressement judiciaire et que l'ouverture d'une liquidation n'interviendrait que si le redressement judiciaire était manifestement impossible. Une fois encore, cette nouvelle règle est applicable aux plans de sauvegarde en cours au jour de l'entrée en vigueur de la loi, soit le 15 février 2009. Pour la résolution du plan de redressement, l'article L. 631-20-1 du Code de commerce a maintenu le prononcé de la liquidation judiciaire.

Cette succession de modifications apportées au régime de la résolution du plan et leur application systématique aux procédures en cours vont multiplier dans les années à venir les modalités de traitement de la résolution du plan et les passerelles entre les divers textes. Trois textes au moins seront susceptibles de s'appliquer concomitamment dans les procédures dans les mois à venir et cela variera en fonction de leur date d'ouverture ou de la date de résolution du plan. À n'en pas douter, cela sera de nature à générer du contentieux.

La Cour de cassation a rendu en fin d'année 2008 et début 2009 des arrêts qui font application des textes issus de la loi de sauvegarde, l'article 191 de cette loi de sauvegarde ayant, au titre des mesures transitoires, prévu que l'article L. 626-27 du Code de commerce était applicable aux procédures en cours au jour de l'entrée en vigueur de la loi, soit le 1^{er} janvier 2006. Dès lors, depuis cette date, toutes les résolutions de plan de continuation qui sont intervenues dans des procédures ouvertes sous l'empire du droit antérieur ont été soumises aux nouvelles dispositions et le contentieux arrive donc devant la Cour de cassation. Trois arrêts peuvent être signalés. Le premier, en date du 16 décembre 2008 (**Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-17.130 ⇒ 005 D. 2009, p. 94, obs. A. Lienhard, Actualité proc. coll. 2009, n° 38**), se prononce sur une affaire classique. Le plan adopté dans une procédure de redressement a été résolu en janvier 2006, donnant lieu à l'application de l'article L. 626-27 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde des entreprises. Or, cédant aux habitudes anciennes, la cour d'appel a prononcé la résolution du plan de

redressement en l'assortissant du prononcé de la liquidation judiciaire. Cette ouverture a été contestée par la débitrice qui faisait grief à la juridiction de ne pas avoir caractérisé l'état de cessation des paiements mais d'avoir simplement mis en lumière l'inexécution des engagements du plan. Dans un attendu de principe, au visa de l'article L. 626-27 du Code de commerce, la Cour de cassation affirme que ce texte, dans sa version issue de la loi de sauvegarde des entreprises, est applicable et que lorsque la résolution du plan de continuation n'a pas été prononcée avant le 1^{er} janvier 2006, la liquidation judiciaire ne peut être ouverte que si est constatée la cessation des paiements au cours de l'exécution du plan. Dans deux arrêts du 10 mars 2009 (**Cass. com., 10 mars 2009, n^{os} 07-20.517 ⇒ 006** et 07-21.987, Actualité proc. coll. 2009, n^o 109 002) statuant sur des faits semblables, la Cour ajoute que la cour d'appel doit constater l'état de cessation des paiements en cours d'exécution du plan et au jour où elle statue.

Extraits⇒ 005 :Cass. com., 16 déc. 2008, n^o 07-17.130

« Vu l'article L. 626-27 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ;

Attendu que, selon l'article 191, 2^o, de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'article L. 626-27 du Code de commerce issu de ladite loi est applicable aux procédures de redressement judiciaire en cours au 1^{er} janvier 2006 ; qu'il en résulte que, lorsque la résolution d'un plan de redressement par voie de continuation arrêté en faveur d'un débiteur n'a pas été prononcée avant cette date, sa mise en liquidation judiciaire concomitante suppose que soit constatée la cessation de ses paiements au cours de l'exécution du plan ;

Attendu que, pour confirmer la mise en liquidation judiciaire de la débitrice, l'arrêt se borne à relever qu'elle n'a pas réglé les dividendes qu'elle s'était engagée à verser à l'UCB dans le cadre du plan, que les gains escomptés par elle dans le cadre d'une action judiciaire en cours sont hypothétiques et que ses propositions de modification de plan sont dénuées de sérieux ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé [...] ».

Extraits⇒ 006 :Cass. com., 10 mars 2009, n^o 07-20.517

« Attendu qu'en se déterminant ainsi par des motifs impropres à établir que la société B. A était dans l'incapacité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible tant au cours de l'exécution du plan qu'au jour où elle statuait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

Il convient pour les juridictions, avec l'application du nouvel article L. 626-27 du Code de commerce, de parfaitement identifier les cas de résolution du plan de redressement qui n'obéissent plus aux mêmes règles. Lorsque le débiteur n'exécute pas ses engagements, l'ouverture d'une nouvelle procédure n'est pas obligatoire, bien qu'en pratique elle sera certainement la plus fréquente, en cas de non-respect des engagements financiers tout au moins. Mais il est possible d'imaginer une résolution pour d'autres causes et un débiteur qui pourrait alors faire face au passif exigible lié à la déchéance des délais de paiement consécutive à la résolution du plan. On pensera surtout à une résolution

intervenant en fin d'exécution du plan lorsque la majorité du passif aura été payée. Une accumulation de conditions qui rendront sans doute une telle situation assez marginale. Dans les autres cas, le débiteur pourra soit exécuter le plan mais se trouver en état de cessation des paiements, parce qu'il ne paie pas ses autres dettes ou certaines d'entre elles, soit ne plus payer les échéances du plan et se retrouver en état de cessation des paiements si son actif disponible est inférieur à ce passif exigible. Cette dernière situation étant celle envisagée par les arrêts commentés, la cour d'appel ne peut se contenter de viser l'inexécution des engagements pour prononcer la liquidation judiciaire, elle doit établir l'état de cessation des paiements, comme pour l'ouverture de toute procédure, et en faire état clairement dans sa décision en constatant que cet état est survenu au cours de l'exécution du plan et qu'il perdure au jour où la juridiction statue.

Il s'agit pour la cour d'appel - il en serait de même pour le tribunal qui prononce la résolution - de procéder comme elle le fait normalement pour ouvrir la procédure sans avoir toutefois à vérifier les autres conditions nécessaires à l'ouverture de la liquidation judiciaire. Il en va désormais différemment, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, lorsque la juridiction prononce la résolution d'un plan de sauvegarde en se fondant sur l'état de cessation des paiements. Cette résolution devant désormais déboucher sur un redressement, la liquidation judiciaire ne sera prononcée que si le redressement est manifestement impossible.

Comme en matière de liquidation judiciaire, la diversification des hypothèses de résolution du plan doit permettre une meilleure adaptation de la règle de droit à la situation économique de l'entreprise. Avec la réforme opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, elle doit éviter que le débiteur venu en confiance demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne se retrouve finalement en liquidation judiciaire. Si l'effet psychologique positif de la faculté laissée au tribunal d'ouvrir un redressement judiciaire après l'échec du plan de sauvegarde est indéniable, en pratique cela se traduira le plus souvent par l'adoption d'une cession de l'entreprise, solution qui était déjà envisageable en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire. Mais il convient, dans le but de développer les solutions d'anticipation, de rassurer les chefs d'entreprise, et cette modification législative, comme un certain nombre d'autres opérées par l'ordonnance du 18 décembre 2008, parachève la rénovation du droit des entreprises en difficulté amorcée par la loi de sauvegarde des entreprises (C. Saint-Alary-Houin, *Entreprises en difficulté : un droit arrivé enfin à maturité*, Dr. & patr. 2009, n° 179, p. 32).

La résolution du plan de sauvegarde ou de redressement et l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ont toujours soulevé des interrogations en ce qui concerne les règles applicables lors de cette succession de procédures qui oscille entre autonomie et imbrication.

Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 10 avril 2009 (**Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n° 08-10.154 ⇒ 007** Leden, n° 3, comm. O. Staes) permet de se pencher à nouveau sur cette question en l'éclairant des apports des réformes récentes. Dans cette affaire, qui a déjà donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation (Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-14.477, *Actualité proc. coll.* 2004, n° 15, 004), à la suite de la résolution du plan de

continuation et de l'ouverture d'une nouvelle procédure, un créancier a procédé à la déclaration de sa créance mentionnée dans le plan résolu et le débiteur a contesté cette nouvelle déclaration selon les règles prévues pour cette action. L'hésitation surgit en l'espèce en ce qui concerne la possibilité, après une admission dans une première procédure, de contester une créance dans la seconde procédure et de considérer donc qu'en la matière il faut faire table rase du passé, et procéder comme si la déclaration de créance dans la seconde procédure était unique et complètement indépendante du traitement qui lui avait été réservé dans la procédure précédente. Dans son arrêt du 10 avril 2009, la Cour de cassation a pris ce parti et elle considère que l'admission de la créance intervenue dans la première procédure n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde. Dont acte.

Extraits⇒ 007 : Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n° 08-10.154

« Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence d'identité des parties, l'admission ou le rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde ouverte à l'encontre du même débiteur, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Essayons d'analyser le bien-fondé de cette solution, pour ensuite revenir sur son avenir avec les réformes intervenues récemment.

Pour qu'il y ait autorité de la chose jugée en procédure civile et donc que les parties ne puissent pas saisir à nouveau le juge de la contestation tranchée, il est nécessaire que trois conditions soient réunies, à savoir l'identité de cause, d'objet et de parties, les textes imposant *« que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité »* (C. civ., art. 1351). C'est en se fondant précisément sur l'absence d'identité des parties en cas de succession de procédures consécutive à la résolution du plan que la Cour de cassation rejette l'autorité de la chose jugée de l'admission des créances, permettant alors au débiteur, par exemple, de contester la créance au cours de la seconde procédure dans laquelle la créance devait être déclarée avant l'intervention de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005. En effet, dans la première procédure qui était un redressement judiciaire, lors de l'admission de la créance, les parties étaient les suivantes : le débiteur, le créancier et le mandataire judiciaire. À partir du moment où la liquidation a été prononcée après la résolution du plan de continuation, le liquidateur remplace le mandataire judiciaire, et même s'il s'agit souvent du même professionnel, il intervient avec une autre qualité. En outre, l'obligation pour les créanciers de déclarer leurs créances dans la nouvelle procédure est bien le signe que le processus d'établissement du passif doit être repris dans la seconde procédure et qu'il est donc possible de voir surgir des différences en matière d'admission. Il ne serait pas logique d'imposer une nouvelle déclaration, si par ailleurs les admissions prononcées dans la première procédure ne pouvaient être remises en cause. La solution affirmée avec la solennité d'un arrêt d'Assemblée plénière par la Cour de cassation confère sa logique à la construction juridique retenue par les textes du Code commerce qui a pu apparaître anormalement lourde et contraignante pour les créanciers.

Ainsi, la loi du 26 juillet 2005 a profondément modifié le système, tant après la résolution du plan de sauvegarde qu'après celle du plan de redressement, en précisant dans l'**article L. 626-27, III**, que les créanciers soumis au plan sont dispensés de déclarer leurs créances et sûretés et que les créances inscrites au plan résolu sont admises de plein droit, déduction faite des sommes déjà perçues. Cette disposition légale fera obstacle au maintien de la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 avril 2009, l'admission de plein droit des créances dans la nouvelle procédure faisant obstacle, à notre sens, à leur remise en cause sur quelque fondement que ce soit. La simplification opérée par ce nouveau mécanisme est évidente et elle bénéficie aussi bien aux créanciers qu'aux organes chargés de l'établissement du passif du débiteur dans la nouvelle procédure. Il faut tout de même remarquer que certaines adaptations seront nécessaires entre les deux procédures, certaines créances qui ne figuraient pas dans le plan de la première procédure pouvant intégrer le passif de la seconde. D'une part, il s'agit des créances non déclarées dans la première procédure. Désormais, l'article L. 622-26 du Code de commerce a sécurisé l'exécution du plan de sauvegarde et de redressement en disposant que les créances non déclarées sont inopposables au débiteur pendant son exécution et définitivement si le plan a été exécuté jusqu'à son terme. Les recours contre les cautions et autres garants sont également exclus durant l'exécution du plan de sauvegarde mais sont, en revanche, admis lors de l'exécution du plan de redressement. Si les voies d'action de ces créanciers sont désormais extrêmement réduites, ils auront peut-être intérêt, lors de la résolution du plan, à procéder à la déclaration de leur créance afin de bénéficier des dividendes et répartitions qui interviendront dans la seconde procédure. D'autre part, une solution similaire sera retenue pour les créanciers postérieurs de la première procédure qui n'ont pas été désintéressés. Ne participant pas au plan, ils seront soumis à l'obligation de déclaration de leurs créances qui sont devenues des créances antérieures dans la nouvelle procédure.

M.-H. M.-B.

D - Sanctions

Le défaut de convocation du dirigeant était une fin de non-recevoir... il ne l'est plus ! - Trois arrêts très commentés de la Cour de cassation du 28 octobre 2008 (**Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-13.133** ⇒ **008** Barbier c/Chavane de Dalmasis, **n° 07-16.056**, Pellegrini ès qual. c/Corbet, **n° 07-16.379**, Abbadie ès qual. c/Société Ruwel AG, JCP E 2009, 1141, p. 29, Dr. sociétés févr. 2009, comm. 38, obs. J.-P. Legros, Actualité proc. coll. 2008, n° 19, n° 305, obs. J. Vallansan) affirment que l'omission de la convocation du dirigeant assigné en obligation aux dettes ou en responsabilité pour insuffisance d'actif constitue une fin de non-recevoir qui empêche toute condamnation. Ces décisions sont d'autant plus remarquables que les dirigeants, qui n'avaient pas été convoqués, étaient néanmoins présents à l'audience ou représentés par leurs avocats. Leur solution est radicale. La sanction est la nullité de la saisine du tribunal sans qu'il y ait lieu de rechercher que l'omission de la formalité ait causé un grief au dirigeant car il s'agit d'une fin de non-recevoir à l'action.

Extraits⇒ **008** :Cass. com., 28 oct. 2008, n^{os} 07-13.133, 07-16.056 et n° 07-16.379

« Vu l'article 164, alinéa 2, du décret du 27 décembre 198 (devenu C. com., art. L. 651-2), ensemble l'article 122 du Code de procédure civile :

Attendu que la convocation du dirigeant de la personne morale, poursuivi en paiement des dettes sociales, en vue de son audition personnelle par le tribunal est un préalable obligatoire ; que l'omission de cet acte, qui fait obstacle à toute condamnation, constitue une fin de non-recevoir ».

Le respect du formalisme légal est parfaitement assuré par ces arrêts dont le résultat est le défaut total de poursuites contre le dirigeant dont les fautes ne seront pas appréciées... Cette impunité aura été cependant de courte durée car l'exigence de la convocation préalable des dirigeants, par le greffier, au moins un mois avant son audition, prévue par l'ancien article 651-2, a été supprimée par le décret du 12 février 2009. Le nouvel article R. 651-1 du Code de commerce énonce, en effet, que « *pour l'application de l'article L. 651-2 (action en responsabilité pour insuffisance d'actif), le tribunal est saisi, selon le cas, par voie d'assignation ou dans les formes et selon la procédure prévues à l'article R. 631-4* ». Or ce dernier texte prévoit que le président du tribunal fait convoquer le débiteur par un huissier de justice d'avoir à comparaître dans le délai qu'il fixe. L'audition préalable est supprimée comme dans le cas où la procédure collective frappant une société est étendue à d'autres (Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-17.026, RJDA 1/08, n° 90). Rappelons que cette réforme ne présente d'intérêt que pour l'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif puisque l'obligation aux dettes sociales a été supprimée.

C. S.-A.-H.

II - TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS DES PARTICULIERS

La jurisprudence et la loi œuvrent de concert pour permettre une ouverture large des procédures et une application également large des mesures de nature à résorber la situation de surendettement. Des limites toutefois existent à ces deux égards, limites rappelées dans certaines décisions évoquées.

Face à l'intensification des difficultés rencontrées par les particuliers et à la progression importante du nombre des procédures ouvertes au cours des derniers mois, signalons ici, sans entrer dans le détail, qu'un projet de loi portant réforme du crédit à la consommation contient des dispositions diverses apportant des modifications à la fois à la procédure de surendettement et de rétablissement personnel et, en amont, aux règles relatives au crédit à la consommation. Ce projet, présenté en Conseil des ministres le 22 avril 2009, devrait être débattu devant le Parlement prochainement. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, il s'agit, afin de « *développer un crédit plus responsable* », d'opérer une « *profonde réforme du crédit à la consommation pour prévoir des garde-fous à l'entrée dans le crédit* » et de « *mieux accompagner les personnes qui connaissent des difficultés d'endettement* ». Cet « *accompagnement* » se traduit, notamment, par un gel des voies d'exécution dès la décision de recevabilité du dossier, par l'accélération des procédures et la réduction de la durée d'inscription au Fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers.

A - LA PROCÉDURE DE SURENDETTEMENT

1°/ Ouverture de la procédure (conditions)

L'élargissement de la notion de surendettement par la loi du 4 août 2008 offre la possibilité de prendre en compte certaines dettes professionnelles et d'ouvrir plus largement la procédure aux dirigeants de sociétés : (L. n° 2008-776, 4 août 2008 ; Cass. 2^e civ., 3 juill. 2008, n° 07-15.061).

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, dite « LME », soucieuse de « *stimuler la croissance et les énergies, en levant les blocages structurels et réglementaires que connaît l'économie de notre pays* », a entendu « *encourager les entrepreneurs tout au long de leur parcours* ». Cet encouragement consiste notamment à améliorer le sort des dirigeants sociaux qui se sont portés cautions des dettes de la société ou se sont engagés à acquitter solidairement la dette de celle-ci, en permettant la prise en considération de ces dettes pour l'appréciation de la situation de surendettement. La loi modifie à cette fin l'alinéa 1^{er} de l'article L. 330-1 du Code de la consommation (v. G. Paisant, RTD civ. 2008, p. 875). Après une première phrase reprenant la définition de la notion de surendettement, « *caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir* », une seconde phrase précise désormais que « *l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement* ».

Les dettes résultant d'un engagement pris en qualité de codébiteur ou d'un engagement de cautionnement consenti par le débiteur désireux de demander l'ouverture d'une procédure de surendettement avaient donné lieu à des difficultés, difficultés liées à la détermination du caractère professionnel de ces dettes. Si la jurisprudence avait jugé que le cautionnement d'une dette professionnelle ne conférait pas à l'engagement de la caution un caractère professionnel (Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, n° 91-04.028, Bull. civ. IV, n° 107 : il s'agissait ici du cautionnement consenti par une sœur en garantie du prêt ayant permis à son frère d'acquérir un fonds de commerce), elle considérait, en revanche, que la dette de la caution était une dette professionnelle dès lors que la caution avait la qualité de dirigeant de la personne morale (Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992, nos 91-04.011 et 91-04.032, Bull. civ. IV, n° 107). Le cautionnement du conjoint en garantie des dettes de l'entrepreneur individuel donnait cependant lieu à des hésitations. La loi « Borloo » du 1^{er} août 2003 avait entrepris de clarifier les solutions en précisant que la situation de surendettement du débiteur pouvait résulter de l'impossibilité de faire face « *à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci* ». Si le cautionnement du conjoint, aussi bien que du salarié ou de l'associé, pouvait ainsi permettre d'apprécier la situation de surendettement de ces personnes, il n'en allait pas de même pour le dirigeant. Un arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 3 juillet 2008 (n° 07-15.061) constitue une illustration parfaite de cette situation. Dans cette affaire, l'épouse avait cautionné deux prêts

destinés au financement d'un commerce exploité sous forme de société. Elle avait la qualité de gérante lors du premier emprunt et de simple associée lors du second. Sur recours du prêteur, un jugement avait déclaré irrecevable la demande au motif que ces deux cautionnements avaient un caractère professionnel. Leur décision est cassée au visa de l' **article L. 330-1 du Code de la consommation (⇒ 009)**, pour manque de base légale, les Hauts magistrats reprochant au juge de ne pas avoir caractérisé en quoi les dettes résultant du second cautionnement contracté en qualité d'associée avaient une nature professionnelle.

Extraits⇒ 009 : C. com., art. L. 330-1 modifié par L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 14

« La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement ? ».

Cette distinction n'aura désormais plus cours dès lors que tous les engagements de cautionner la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société, ou d'acquitter solidairement de telles dettes, permettent de caractériser une situation de surendettement. L'approche du législateur demeure cependant restrictive. Ainsi que nous l'avions souligné dans notre précédente chronique (Dr. & patr. 2008, n° 172, p. 113 et 114), il est surprenant que le législateur n'ait visé que ce type d'engagement, alors que bien d'autres engagements peuvent être souscrits en garantie des dettes d'une entreprise : garantie autonome, lettre d'intention ou toute autre sûreté personnelle et même des sûretés réelles, telles qu'une hypothèque, un gage, un nantissement ou même une fiducie-sûreté, dont la même loi du 4 août 2008 a élargi le champ d'application aux personnes physiques. Cette approche étroite du droit de la défaillance des particuliers contraste avec celle qui prévaut dans le droit des entreprises en difficulté qu'une ordonnance du 18 décembre 2008 a réformé sur habilitation du Parlement contenue dans la « LME » !

Concernant la bonne foi du débiteur : une acception toujours large doit prévaloir : **Cass. 2^e civ., 15 janv. 2009, n° 07-20.067 ⇒ 010** LPA 2009, n° 64, p. 14, note Y. Dagorne-Labbé, RD bancaire et fin., mars 2009, comm. 66, note S. Piedelièvre.

Extraits⇒ 010 : Cass. 2^e civ., 15 janv. 2009, n° 07-20.067

« Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu l'article L. 330-1 du Code de la consommation ;

Attendu, selon le jugement attaqué, rendu en dernier ressort, qu'un établissement de crédit a contesté devant un juge de l'exécution la décision d'une commission de surendettement des particuliers qui avait déclaré recevable la demande de traitement de leur situation de surendettement formée par M. et Mme X ;

Attendu que pour déclarer irrecevable la demande, le juge de l'exécution retient que M. et Mme X, qui ont souscrit en une année un grand nombre de crédits, sont dans l'incapacité d'expliquer les causes de ce surendettement massif et soudain et que les nombreux crédits sont exclusifs de la bonne foi ;

Qu'en se déterminant ainsi par des motifs impropres à caractériser la mauvaise foi, le juge de l'exécution a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen ;

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 18 juin 2007, entre les parties, par le juge de l'exécution, le tribunal de grande instance de Bobigny ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant le juge de l'exécution, le tribunal de grande instance de Créteil (...) ».

L'application des dispositions protectrices du droit de la consommation est réservée aux débiteurs de bonne foi, selon l'article L. 330-1 du Code de la consommation.

La bonne foi, qui est présumée, est comprise largement. Elle est entendue comme l'absence de mauvaise foi et ne requiert pas du débiteur qu'il ait fait preuve d'une diligence particulière (Y. Picod, Commentaire de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, Dalloz, 13^e éd., 2008), ni de parcimonie dans l'obtention de crédits. La mauvaise foi n'est caractérisée qu'en présence d'un élément intentionnel, de la volonté du débiteur d'aggraver son endettement.

C'est ce que rappelle la présente décision de la Cour de cassation. Les Hauts magistrats reprochent au juge de l'exécution de ne pas avoir suffisamment caractérisé la mauvaise foi du débiteur. Par ce contrôle de la motivation, fondé sur l'article 455 du Code de procédure civile, la Cour de cassation dispose d'un certain droit de regard sur une exigence relevant de l'appréciation des juges du fond, ce qui est approuvé comme permettant d'éviter de trop grandes disparités de solution (v. Y. Dagorne-Labbé, note précitée). En l'espèce, le juge de l'exécution, saisi d'une contestation à l'encontre de la décision de recevabilité de la demande prise par une commission de conciliation, avait déclaré cette demande irrecevable en raison de la souscription de nombreux crédits par les époux demandeurs sur une courte période de temps, situation exclusive de la bonne foi selon ce juge, les époux n'ayant pu fournir à cet égard aucune explication. La décision est cassée. La Cour de cassation exclut qu'un endettement massif soit, à lui seul, de nature à établir la mauvaise foi. Pour lutter contre l'endettement excessif, il conviendra d'attendre l'adoption des mesures préconisées par le projet de loi portant réforme du crédit à la consommation.

2°/ Situation du débiteur et des créanciers

Deux décisions montrent que le créancier du débiteur faisant l'objet d'une procédure de surendettement n'est pas privé de tout moyen d'action. Il peut naturellement agir à l'encontre de codébiteurs solidaires, tel le conjoint, ce qu'illustre une décision de la cour d'appel de Paris. Il peut également, en principe, continuer à exercer des poursuites

à l'encontre du débiteur lui-même, comme en témoigne un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rendu le 5 février 2009.

Concernant le recouvrement des dettes de loyers auprès de l'ex-conjoint non soumis à une procédure : **CA Paris, 16 oct. 2008, *Alliade c/Dran Spilmann***, Contrats, conc., consom. 2009, comm. 66, note A. Raymond. Un arrêt de la cour d'appel de Paris rappelle une solution d'évidence : la procédure de surendettement bénéficiant à un époux n'a d'effet qu'à l'égard de celui-ci et non à l'égard de son ex-conjoint, lequel demeure tenu des dettes de loyer nées pendant le mariage de manière solidaire sur le fondement de l'article 220 du Code civil. La cour de Paris affirme ainsi : *« qu'en cas de redressement judiciaire civil d'un des époux et nonobstant le divorce intervenu, les mesures prises n'ont d'effet qu'à l'égard du débiteur surendetté et ne privent pas le créancier du droit de demander le paiement de la totalité de la dette de l'autre époux solidaire, déduction faite de tout paiement intervenu et sauf le recours de celui qui a payé l'intégralité de la dette dans le cadre de la liquidation de communauté »*.

Il appartiendra en effet au conjoint qui aura ainsi payé, de faire valoir ses droits à l'encontre de son ex-époux. Le codébiteur solidaire, à l'instar de la caution, ne peut se voir opposer les mesures adoptées dans le cadre du plan au profit du débiteur par ce dernier. La solution adoptée en ce sens concernant une caution par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 15 juillet 1999 (Cass. 1^{re} civ., 15 juill. 1999, n° 97-04.129, Bull. civ. I, n° 248, JCP E 1999, n° 48, p. 25, note D. Legeais, Defrénois 1999, 1336, note D. Mazeaud) devrait s'appliquer au codébiteur solidaire.

Concernant l'action en paiement contre une personne surendettée : **Cass. 2^e civ., 5 févr. 2009, n° 07-21.117**, D. 2009, p. 493, note V. Avena-Robardet, RD bancaire et fin. 2009, n° 2, comm. 67, note S. Piedelièvre. Le présent arrêt de la Cour de cassation souligne une des différences importantes entre la procédure de surendettement et les procédures de sauvegarde ou de redressement applicables aux entreprises. En effet, aucune suspension des poursuites des créanciers à l'encontre d'un débiteur endetté ne résulte automatiquement de l'ouverture d'une procédure de surendettement, qui, à cet égard, est bien plus proche de la procédure de conciliation régie par le Livre VI du Code de commerce. Par ailleurs, le débiteur assigné en paiement peut solliciter du juge des délais de paiement, le juge ainsi saisi se prononçant en application du droit commun. Tel est l'enseignement de l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 5 février 2009 (n° 07-21.117 ⇒ 011), rejetant le pourvoi formé par un établissement de crédit à l'encontre de la décision du juge ayant octroyé un différé de paiement de vingt-quatre mois et décidé que les intérêts ne seraient pas dus pendant la durée du différé de paiement. Selon le créancier, de telles mesures ne pouvaient être adoptées que dans le cadre d'un plan conventionnel de redressement ou, à défaut, dans le cadre des recommandations effectuées par la commission de surendettement et homologuées par le juge.

Extraits ⇒ 011 : Cass. 2^e civ., 5 févr. 2009, n° 07-21.117

« Sur le moyen unique :

Attendu, selon le jugement attaqué (TI Saint-Denis de la Réunion, 2 avr. 2007), que la société Casden banque populaire (Casden) a assigné Mme X..., dont la demande tendant à bénéficier d'une procédure de surendettement avait été déclarée recevable, en paiement d'une certaine somme avec intérêts au taux conventionnel ; que Mme X... ayant sollicité des délais de paiement de vingt-quatre mois, la Casden ne s'y est pas opposée ;

Attendu que la Casden fait grief au jugement de fixer sa créance à une certaine somme, de constater que Mme X... bénéficiait d'un différé de vingt-quatre mois pour s'acquitter de sa dette et de juger que pendant la durée du différé les intérêts ne sont pas dus, alors, selon le moyen, que lorsque la commission de surendettement des particuliers a été saisie, le report ou rééchelonnement du paiement des dettes et la suspension ou la suppression des intérêts ne peuvent résulter que d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers ou, en cas d'échec de la mission de conciliation, de recommandations émises par la commission de surendettement auxquelles le juge de l'exécution a donné force exécutoire si bien que le tribunal n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les articles L. 331-6, L. 331-7, L. 331-7-1 et L. 332-1 du Code de la consommation ;

Mais attendu que le juge, saisi d'une demande en paiement, fût-elle dirigée contre une personne dont la demande tendant au traitement de sa situation de surendettement a été déclarée recevable, ne statue pas sur le fondement des dispositions propres au surendettement ;

D'où il suit que le moyen est inopérant ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi (...) ».

Le non-cumul des dispositions de droit commun et des dispositions propres au droit du surendettement ne vaut que pour les mesures arrêtées dans le cadre d'un plan ou recommandées. C'est ce qu'avait décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 16 décembre 1992 où elle avait censuré les juges du fond pour avoir admis le cumul des dispositions de l'article 1244 du Code civil avec celles de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1989, alors applicables, limitant à cette époque à cinq ans le délai de report ou d'échelonnement du paiement des dettes susceptible d'être décidé par un juge en faveur d'un débiteur en redressement judiciaire civil (ou à la moitié de la durée restant à courir des emprunts en cours). Le délai octroyé était de six ans.

L'éviction du droit commun ne concerne par conséquent pas le déroulement de la procédure. Si l'actuel projet de réforme est adopté, la question d'un tel cumul pourrait peut-être ne plus se poser. Pour l'heure, l'article 21 de ce projet prévoit que la décision de recevabilité du dossier entraîne la suspension automatique des voies d'exécution portant sur les biens du débiteur, tandis qu'aujourd'hui la suspension nécessite une décision du juge saisi à cette fin par la commission ou le débiteur. La suspension envisagée est celle des voies d'exécution. Il ne s'agit certes pas encore d'une suspension des actions en paiement. Qui sait toutefois comment la mesure évoluera au cours des travaux parlementaires...

B - La procédure de rétablissement personnel

1°/ Ouverture de la procédure

Concernant la nécessité de remplir les conditions de recevabilité de l'article L. 330-1 du Code de la consommation : **Cass. 2^e civ., 22 mai 2008, n° 07-12.408** , Bull. civ. II, n° 126, D. 2008, note C. Rondey, Contrats, conc., consom. 2008, comm. 253, note A. Raymond, RD bancaire et fin. 2008, n° 6, comm. 181, note S. Piedelièvre.

En cas de demandes successives tendant à l'ouverture d'une procédure de surendettement, puis de rétablissement personnel, le juge doit vérifier à nouveau que les conditions de recevabilité prescrites au premier alinéa de l'article L. 330-1 du Code de la consommation sont bien remplies. Il s'agit de l'exigence d'une situation de surendettement et de la bonne foi. En l'absence d'éléments nouveaux, sa décision peut parfaitement être semblable à une décision précédemment rendue. Telle est la solution énoncée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 22 mai 2008.

Dans cette affaire, le débiteur avait fait l'objet d'une première procédure à l'issue de laquelle un plan avait été adopté. Il avait ultérieurement demandé à bénéficier à nouveau d'une procédure de surendettement, demande repoussée en raison de la mauvaise foi de ce dernier. Le débiteur, opiniâtre, forma une demande tendant à l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel quelques mois plus tard. La commission de surendettement, par laquelle doit, en principe, « transiter » la demande (le débiteur ne peut en effet lui-même saisir le juge aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel que si la commission n'a pas décidé de l'orientation du dossier dans un délai de neuf mois à compter du dépôt du dossier), déclara cette demande recevable. Saisi par les créanciers, le juge de l'exécution déclara, au contraire, la demande irrecevable. Le débiteur forma un pourvoi en cassation, reprochant au juge de n'avoir pas examiné sa situation au jour où il statuait et de s'en être tenu à la décision antérieurement rendue. Son pourvoi est rejeté car, selon la Cour de cassation, le juge avait bien lui-même apprécié la situation du débiteur, mais au jour où il statuait, il s'avérait qu'aucun élément nouveau n'était venu modifier cette situation.

La situation irrémédiablement compromise exigée pour l'ouverture d'une procédure de rétablissement n'est pas exclusive de toute capacité de remboursement. Tel est l'enseignement qui résulte d'un deuxième arrêt rendu le 22 mai 2008 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (**Cass. 2^e civ., 22 mai 2008, n° 07-11.329** , Contrats, conc., consom. 2008, comm. 253), alors que certains auteurs défendaient la solution opposée de la manière la plus ferme (Y. Picod et V. Valette-Ercole, Rép. civ. Dalloz, Surendettement des particuliers, n° 112).

« L'existence d'une capacité de remboursement n'exclut pas, en soi, que la débitrice puisse se trouver dans une situation irrémédiablement compromise au sens de l'article L. 330-1 du Code de la consommation », affirme solennellement la Haute juridiction. Elle apporte ainsi une précision utile pour cerner la notion de situation irrémédiablement compromise que l'alinéa 3 définit comme l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre les mesures de traitement visées au deuxième alinéa, c'est-à-dire un plan d'une durée de dix ans, éventuellement un report

d'exigibilité de deux ans et/ou un effacement partiel des dettes, ces mesures pouvant être combinées. Ces différentes mesures supposent bien sûr que le débiteur soit en mesure de rembourser ses dettes, même partiellement seulement. L'établissement bancaire qui avait formé un recours à l'encontre de la décision d'ouverture de la procédure soutenait, par conséquent, que l'existence d'une capacité de remboursement, fût-elle faible, ne permettait pas d'ouvrir la procédure de rétablissement personnel. La Cour de cassation n'est pas du tout de cet avis. « *En soi* » cet élément n'est pas suffisant. Il faut encore apprécier la situation du débiteur pour rechercher si, au regard de son passif, la capacité de remboursement qui peut être la sienne est ou non suffisante pour apurer même partiellement son passif. Cela suppose de prendre également en compte sa situation personnelle et familiale, son âge, ses qualifications, sa situation de santé, etc. En l'espèce, aucun élément relatif à la situation du débiteur n'est mentionné. Seuls des éléments relatifs à la situation active et passive de son patrimoine sont évoqués. Si le montant du passif de la débitrice est inconnu, le montant de sa capacité de remboursement est précisé : il s'agissait de 64 euros qui ont conduit la banque à se lancer dans un contentieux jusque devant la Cour de cassation, à une période où les établissements bancaires ne connaissaient pas encore la crise...

2°/ Situation des créanciers et du débiteur pendant la procédure

Concernant la possibilité d'obtention d'un titre exécutoire : **Cass. 2^e civ., 5 févr. 2009, n° 07-21.306 ⇒ 012 P + B**, RD bancaire et fin. 2009, n° 2, comm. 68, obs. S. Piedelièvre.

Extraits ⇒ 012 : Cass. 2^e civ., 5 févr. 2009, n° 07-21.306

« Mais attendu que le jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel n'interdit pas au créancier d'obtenir un titre à hauteur des sommes qui lui sont dues, de sorte que le juge, saisi d'une telle demande, n'a pas à rechercher d'office, même en cas de défaillance du défendeur, si celui-ci fait l'objet d'une procédure de rétablissement personnel ;

Et attendu qu'il ne résulte d'aucun document produit devant la Cour de cassation ni du dossier de la procédure que le tribunal aurait été en possession d'une pièce l'informant de ce qu'une procédure de rétablissement personnel avait été ouverte à l'égard de Mme X... ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ».

Attachée par l'article L. 332-6, alinéa 2, du Code de la consommation au jugement d'ouverture de la procédure de surendettement, la suspension des poursuites a un domaine plus étroit que la suspension des poursuites résultant du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires. Sont seules suspendues, selon ce texte, les « *procédures d'exécution diligentées contre le débiteur et portant sur des dettes autres qu'alimentaires* ». Ne sont pas suspendues les actions en justice tendant au paiement d'une somme d'argent. C'est ce que précise la Cour de cassation pour rejeter le pourvoi formé par une débitrice soumise à une procédure de rétablissement personnel à l'encontre d'un jugement de condamnation rendu à son encontre à l'initiative d'un

créancier en ces termes : « (le) *jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel n'interdit pas au créancier d'obtenir un titre à hauteur des sommes qui lui sont dues* ». Elle en conclut que « *le juge, saisi d'une telle demande, n'a pas à rechercher d'office, même en cas de défaillance du défendeur, si celui-ci fait l'objet d'une procédure de rétablissement personnel* ».

À cet égard, la solution rejoint celle précédemment adoptée dans le cadre de la procédure de surendettement (Cass. 2^e civ., 22 mars 2006, n° 04-15.814, Bull. civ. II, n° 89) où la suspension des procédures d'exécution nécessite une décision judiciaire.

3°/ Effets de la clôture de la procédure

L'effacement des dettes résultant d'un engagement de cautionnement ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société résulte désormais de l' **article L. 332-9 du Code de la consommation** modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (⇒ **013**).

Extraits⇒ 013 : C. consom., art. L. 332-9, al. 2, modifié par L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 14

« La clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé. La clôture entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société ».

La loi de modernisation de l'économie n'a pas seulement amélioré la situation des dirigeants de société cautions de dettes de la société en facilitant à leur égard l'ouverture d'une procédure de traitement de leur situation de surendettement (**v. cette chronique : ouverture de la procédure de surendettement**). Cette amélioration se traduit également, en cas de clôture de la procédure de rétablissement personnel pour insuffisance d'actif, par l'effacement des dettes souscrites en qualité de caution ou de codébiteur des dettes de la société.

Cet effacement de dettes, au-delà du dirigeant, qui n'est pas expressément visé en tant que tel, bien que le législateur ait eu plus particulièrement en vue ce dernier, bénéficiera à tout débiteur engagé comme codébiteur solidaire et à toute caution d'une société ou d'un entrepreneur individuel. C'est donc souvent le proche entourage du chef d'entreprise qui profitera de la mesure, le conjoint, le partenaire pacsé, les ascendants ou collatéraux, etc., s'ils viennent à être soumis eux-mêmes à une procédure de rétablissement personnel.

C - Les règles communes

1°/ Les personnes exclues de l'application des procédures de surendettement ou de rétablissement personnel

Les personnes concernées sont les professionnels libéraux depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises (**Cass. com., 30 sept. 2008, n° 07-15.446 ⇒ 014 D. 2008, p. 2501, note A. Lienhard, D. 2009, note M.-L. Belaval**).

Extraits⇒ 014 :Cass. com., 30 sept. 2008, n° 07-15.446

« (...) Attendu qu'une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, relève, à compter du 1^{er} janvier 2006, des procédures collectives de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises aux conditions prévues par cette loi ; qu'il en résulte que cette personne se trouve dès lors exclue des dispositions relatives au traitement des situations de surendettement prévues aux articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation (...) ? ;

Attendu que pour confirmer le jugement, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que Mme X... se trouve dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles, exigibles et à échoir, que le caractère professionnel d'une dette n'est pas exclusif de l'application des mesures de traitement prévues par les articles L. 331-7 et L. 331-7-1 du Code de la consommation, que la loi Borloo ayant permis l'effacement des dettes sociales comme fiscales dans les procédures de rétablissement personnel, il serait illogique de considérer que ces dettes ne peuvent être aménagées ou rééchelonnées ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'au jour où elle se prononçait sur le recours contre les recommandations de la commission de surendettement, jour auquel le juge doit se placer pour apprécier si le débiteur relève de l'une des procédures collectives instituées par le Code de commerce, Mme X... relevait des dispositions de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et se trouvait dès lors exclue du domaine d'application des articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation, la cour d'appel a violé les textes susvisés (...) ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief : CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 mars 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; DIT n'y avoir lieu à renvoi ».

La jurisprudence n'a pas tardé à tirer les conséquences de l'extension du champ d'application des procédures du Livre VI du Code de commerce aux professionnels indépendants, extension opérée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Cette extension a pour corollaire le rétrécissement du domaine des procédures de surendettement et de rétablissement personnel régies par le Code de la consommation. En effet, selon l'alinéa 1^{er} de l'article L. 333-3 du Code de la consommation, *« les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par les lois n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, n° 88-1202 du 30 décembre 2008 relative à l'adaptation de l'entreprise à son environnement économique et social et n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises »*. Malgré l'absence de modification de ces dispositions en dépit des différentes codifications intervenues (Code rural, Code de commerce) et des réformes adoptées depuis, modification à laquelle on pourrait suggérer au législateur de procéder enfin, l'exclusion de l'application des procédures de surendettement aux professionnels indépendants est certaine.

La qualité du débiteur doit être appréciée au jour où le juge statue, précise ici la Chambre commerciale de la Cour de cassation, et non au jour où la commission de surendettement s'est prononcée ou a formulé des recommandations.

Encore fallait-il admettre qu'à cette date la loi de sauvegarde était applicable, cette loi ne s'appliquant pas aux procédures en cours au jour de son entrée en vigueur, soit le 1^{er} janvier 2006. Or, une procédure de surendettement avait été ouverte à l'égard du masseur-kinésithérapeute au cœur du présent contentieux et la commission de surendettement avait adopté des recommandations à la demande de ce dernier le 26 janvier 2006, sa décision ayant fait l'objet d'une contestation de la part d'un créancier, contestation repoussée par un jugement dont celui-ci avait ensuite fait appel. Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, les procédures en cours auxquelles se réfère l'article 191 de la loi du 26 juillet 2005 sont seulement des procédures relevant du Livre VI du Code de commerce et non les procédures régies par le Code de la consommation. Une telle procédure n'est donc pas une procédure en cours au sens dudit article 191 (M.-L. Bélaval, note précitée).

2°/ Les dettes exclues des mesures de rééchelonnement ou d'effacement

Les dettes alimentaires. - Cette notion exclut les frais d'hébergement dans une maison de retraite, les frais d'hospitalisation et les frais de cantine (**Cass. 2^e civ., 19 mars 2009, n° 07-20.315 ⇒ 015 D. 2009, p. 945, note I. Tchotourian ; Cass. 2^e civ., 23 oct. 2008, n° 07-17.649, Bull. civ. II, n° 225, D. 2008, p. 2864 ; Cass. 2^e civ., 3 juill. 2008, n° 07-15.223, D. 2008, p. 2070, RTD com. 2008, p. 635, note G. Paisant**).

Extraits⇒ 015 : Cass. 2^e civ., 19 mars 2009, n° 07-20.315, publié au Bulletin

« Sur le moyen unique du pourvoi qui est recevable : Vu l'article L. 333-1 du Code de la consommation ; Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à l'occasion de l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel au bénéfice de Mme X..., un juge de l'exécution a été saisi par la trésorerie de Montréal d'une contestation tendant à voir exclure de la procédure sa créance, correspondant à des frais d'hébergement en maison de retraite ; Attendu que pour accueillir la demande l'arrêt retient que la créance correspond à la nourriture, l'hébergement, les soins et les dépenses nécessaires à la vie courante de Mme X... et qu'il s'agit manifestement d'une dette alimentaire ; Qu'en statuant ainsi, alors que les dettes à l'égard d'une maison de retraite ne constituent pas des dettes alimentaires, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 novembre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier, autrement composée ; Condamne la trésorerie de Montréal aux dépens (...) ».

En l'espace de quelques mois, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rendu trois arrêts, tous promus à la publication au Bulletin, par lesquels elle précise les contours de la notion de dette alimentaire au sens de l'article L. 331-1 du Code de la consommation. Cette disposition réserve un sort particulier aux dettes alimentaires, en excluant à leur égard toute mesure de rééchelonnement, remise ou effacement, sauf accord du créancier. Un certain

nombre de créanciers dont les créances se rapportaient aux besoins de la personne, aux aliments fournis à celle-ci, prétendaient détenir une créance alimentaire et échapper ainsi aux mesures propres à éroder leurs droits. Si certaines juridictions avaient été convaincues, d'autres, au contraire, avaient repoussé leur argumentation. Une d'entre elles, hésitant sur la solution à adopter, avait sollicité pour avis la Cour de cassation. Dans la précédente chronique, nous avions signalé cet avis du 8 octobre 2007 (Cass. avis, 8 oct. 2007, n° 07-00.013, Dr. & patr. 2008, n° 172, p. 114 avec nos obs.) dans lequel la Cour de cassation avait exclu, « au sens de l'article L. 333-1 du Code de la consommation », la qualification de dettes alimentaires du débiteur surendetté pour « *les dettes à l'égard d'une collectivité publique pour des créances portant sur des frais de restauration scolaire, d'accueil périscolaire ou de centre de loisirs* ».

C'est cette solution que reprend, sans surprise, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du **3 juillet 2008 (n° 07-15.223 ⇒ 016)** pour des dettes de restauration scolaire. Dans un arrêt ultérieur de la même formation du **23 octobre 2008 (n° 07-17.649 ⇒ 017)**, la solution est étendue aux « *dettes à l'égard d'un établissement hospitalier correspondant à des frais d'hospitalisation d'un enfant du débiteur* », dettes dont « *le juge de l'exécution a exactement retenu* (qu'elles ne) *constituent pas des dettes alimentaires au sens de l'article L. 333-1 du Code de la consommation* ». Dans ces deux arrêts, le pourvoi formé par le créancier (Trésor public et trésorier d'un centre hospitalier universitaire) était ainsi rejeté. Dans une troisième décision, la Cour de cassation casse au contraire la décision des juges du fond qui avaient admis la qualification de dette alimentaire d'une créance d'un établissement de retraite correspondant à des frais d'hébergement en maison de retraite de la débitrice au motif que « *la créance* (correspondait) *à la nourriture, l'hébergement, les soins et les dépenses nécessaires à la vie courante* (de la débitrice) ». Pour les Hauts magistrats, « *les dettes à l'égard d'une maison de retraite ne constituent pas des dettes alimentaires* ». Ainsi que nous l'avons observé, la nature alimentaire de la dette s'apprécie au regard de la notion de dette alimentaire résultant du Code civil. La créance alimentaire est une créance personnelle à celui qui l'invoque.

Extraits⇒ 016 : Cass. 2^e civ., 3 juill. 2008, n° 07-15.223, Bull. civ. II, n° 165

« (...) Mais attendu que le tribunal retient exactement que ne constituent pas des dettes alimentaires du débiteur surendetté les dettes à l'égard d'une collectivité publique pour des créances portant sur des frais de restauration scolaire ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; **PAR CES MOTIFS : REJETTE** le pourvoi ».

Extraits⇒ 017 : Cass. 2^e civ., 23 oct. 2008, n° 07-17.649, Bull. civ. II, n° 225

« Mais attendu que le juge de l'exécution a exactement retenu que les dettes à l'égard d'un établissement hospitalier correspondant à des frais d'hospitalisation d'un enfant du débiteur, ne constituent pas des dettes alimentaires au sens de l'article L. 333-1 du Code de la consommation ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; **PAR CES MOTIFS : REJETTE** le pourvoi ? ».